

PAULA BOND PEIXOTO

A IMPORTÂNCIA DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

**CURITIBA
2003**

PAULA BOND PEIXOTO

A IMPORTÂNCIA DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Elimar Szaniawski.

**CURITIBA
2003**

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULA BOND PEIXOTO

A IMPORTÂNCIA DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

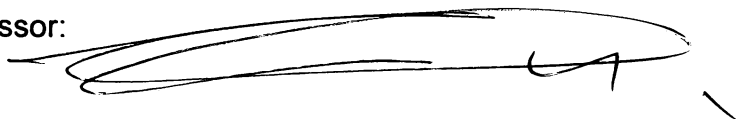
Professor orientador:



Professor:



Professor:



Curitiba, 23 de outubro de 2003

SUMÁRIO

RESUMO	iii
1-INTRODUÇÃO	01
2-A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA	01
2.1 A família na época greco-romana	02
2.2 A família na época medieval	03
2.3 A família na época do Brasil Colonial (1500 a 1800)	04
2.4 A família no século XIX	05
2.5 A família no século XX	05
2.6 A família contemporânea	06
2.6.1 Os princípios do Direito de Família constitucionalizado	07
3. O reflexo da afetividade nos institutos jurídicos do direito de família	09
3.1 A importância da afetividade nas relações de família	09
3.2 A adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente	11
3.2.1 Conceito de adoção	11
3.2.2 Requisitos da adoção	12
3.2.3 Modalidades de adoção	13
3.3 Do direito à paternidade	14
3.3.1 Paternidade jurídica	14
3.3.2 Paternidade biológica	15
3.3.3 Paternidade afetiva	16
3.3.3.1 Paternidade afetiva como solução a problemas ocasionados pela simples determinação da paternidade como sendo a biológica	18
3.3.3.2 Posse de estado de filho	20
3.4 Da união estável	21
3.4.1 A previsão da lei 8971/94 quanto ao direito a alimentos e à sucessão	23
3.4.2 A regulamentação da união estável dada pela lei 9278/96	23
3.5 Da família monoparental	24
3.6 O divórcio como reflexo da ausência de afetividade	26
3.6.1 Modalidades de divórcio	26
3.6.2 Uma visão psicanalítica das separações conjugais	27
4- CONCLUSÃO	29
REFERÊNCIAS	32

RESUMO

O presente trabalho aborda a importância da afetividade no modelo atual de Direito de Família, no qual a família passa a ser eudemonista, ou seja, privilegiam-se os interesses de cada membro familiar em detrimento de interesses patrimoniais, passando a haver igualdade entre os cônjuges e também entre os filhos. Discorrer-se-á, primeiramente, sobre as transformações pelas quais a família passou ao longo do tempo, tratando-se da família na época greco - romana, na era medieval, durante o Brasil colonial, no século XIX e no século XX , até chegar-se à família contemporânea. Posteriormente, objetiva-se demonstrar a presença da afetividade na constituição, duração e no término dos principais institutos do Direito de Família, quais sejam: a adoção, a família monoparental, a união estável, as relações paterno - filiais e também o divórcio, ocorrendo neste a ausência da afetividade.

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família foi uma das áreas jurídicas que mais sofreu alterações com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que passam a prevalecer na família os princípios da igualdade entre seus membros e da liberdade de formação das entidades familiares de acordo com a conveniência de cada família, pois o ordenamento jurídico reconheceu formas de se constituir o agrupamento familiar distintas do matrimônio.

Esta evolução pela qual a família passou será abordada brevemente neste trabalho com o intuito de demonstrar que as transformações sofridas por este campo do Direito foram realmente significativas, de modo a alterar a perspectiva pela qual se vê o indivíduo dentro do agrupamento familiar.

Posteriormente, discorrer-se-á sobre a presença da afetividade nas relações travadas no âmbito familiar, uma vez que esta consiste atualmente na base para a constituição, duração e também para o término das entidades familiares.

O reflexo da afetividade no Direito de Família será comprovado mediante a análise de seus principais institutos, quais sejam, a adoção, a relação paterno - filial, a união estável, a família monoparental e também o divórcio, ocorrendo neste a ausência de afetividade.

2 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

2.1 A família na época greco-romana

Este capítulo visa discorrer sobre a estrutura essencialmente religiosa que a família possuía durante o período greco - romano.

Fustel de COULANGES¹ diz que “o arcabouço da família não era tampouco o afeto natural, visto que o Direito grego e romano não tomavam na menor conta este sentimento”. O afeto não representava nada para o Direito, mesmo que existisse no íntimo das pessoas, pois as leis sucessórias estavam em contraste com o afeto natural e a ordem de nascimento.

A religião do lar e dos antepassados é que realmente unia a família, sendo que esta se apresentava como verdadeira associação religiosa. Pode-se perceber a importância da religião para estes povos pelo fato da mulher só ser levada em conta efetivamente no momento em que a cerimônia do casamento a tiver iniciado no culto. A mulher, a partir do momento em que se casa, desliga-se de sua família, não podendo mais realizar oferendas aos antepassados do pai, mas somente aos do marido. A poligamia não era permitida e o divórcio só podia ocorrer em determinados casos.

O filho deixa de fazer parte da família quando se emancipa ou quando renuncia ao culto, enquanto que o filho adotado, que realiza o culto, torna-se verdadeiro filho para a família.

Havia uma grande preocupação em ter filhos, pois acreditavam que a felicidade do morto não dependeria do que ele fez durante a vida, mas sim do que seus descendentes fizeram para ele após sua morte, sendo necessário então que se desse continuidade ao culto.

Contudo, era preciso que fosse um filho nascido do casamento, daí se percebendo que o objetivo deste não era partilhar a felicidade e ter uma comunhão de vida, mas sim, unir duas pessoas no mesmo culto doméstico, destes nascendo um filho para possibilitar a continuação do culto.

O casamento podia ser desfeito se a mulher fosse estéril, já se o marido

¹ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 45.

tivesse este problema a mulher devia aceitar sua substituição por um parente de seu marido, sendo que o filho nascido de ambos era tido como se do marido fosse. O importante era ter filho varão, pois a mulher no dia em que casa renunciava ao culto, passando a pertencer à família do marido.

A situação da mulher era a seguinte: se solteira não poderia dispor dos bens que havia herdado, e se casada não herdava nada do pai, pois não poderia mais fazer sacrifícios aos seus antepassados.

A sucessão se dava sempre aos varões e descendentes destes, o filho emancipado era excluído da herança pois não participava mais do culto, enquanto que o estranho que tivesse sido adotado e incorporado ao culto herdava os bens.

O pai exercia a função mais elevada no culto, sendo que a mulher estava submetida aos poderes do marido, pois este antes de falecer poderia lhe designar um tutor ou outro marido.

É importante ressaltar que o poder marital e paternal tinham por origem e condição o culto doméstico. A paternidade por si só não conferia direito algum ao pai. Este é o chefe da religião doméstica, sendo necessário que o filho esteja associado à esta para que represente algo para o pai. Enfim, a família aqui era vista como um Estado organizado, uma sociedade auto-suficiente.

2.2 A família na época medieval

Realizar-se-á neste capítulo um breve comentário sobre a influência que a Igreja Católica teve na constituição da família na época medieval.

Durante a Idade Média as relações familiares regiam-se pelo Direito Canônico, existindo somente o casamento religioso durante os séculos X a XV. Em virtude da influência que o Cristianismo exerceu durante este período na concepção de família, o matrimônio era considerado sagrado, sendo a família do modelo patriarcal, matrimonializada e hierarquizada.

O vínculo matrimonial era indissolúvel, admitindo-se a separação de corpos somente com a autorização do bispo em casos de adultério, heresia, tentativas de homicídio e sevícias de um cônjuge contra o outro.

A Igreja sustentou a discriminação entre os filhos advindos do casamento e os nascidos fora deste. Estes eram chamados de ilegítimos e eram incapazes

sucessoriamente e politicamente.

2.3 A família na época do Brasil Colonial (1500 a 1800)

Abranger-se-á neste capítulo as raízes históricas sobre as quais se basearam a família brasileira dos séculos XV a XVIII.

Este período da história foi marcado pela expansão dos modos produtivos e de exclusão social, sendo a principal atividade produtiva a monocultura.

Dentro deste contexto surge uma família regida pela desigualdade, onde o Código Filipino de 1603 concedia ao marido o título de chefe de família, sendo esta patriarcal, matrimonializada e hierarquizada.

O Estado e a Igreja eram as instituições mais presentes na vida familiar e também na vida pública, sendo que o Estado cobrava multas altas pelos concubinos, enquanto o casamento tinha um valor mais baixo. O casamento era tido como algo importante por ser sinal de permanência e perenidade, garantia de segurança e respeitabilidade, sendo muito importante pertencer a uma família em razão do patriarcalismo. A mulher e os filhos estavam subordinados ao chefe de família, sendo o filho visto como elemento da força produtiva².

O poder parental incidia somente sobre os filhos havidos no casamento e não se esgotava com o fim da menoridade. A mulher não possuía poder sobre os filhos, podendo-se afirmar que prevaleceu a estrutura recepcionada pelo Direito Romano.

2.4 A família no século XIX

Será abarcado neste capítulo a base sobre a qual se constituía a família do século XIX.

Neste período houve o desenvolvimento do individualismo moderno, surgindo nas pessoas a vontade de poder escolher sua profissão, parceiro, sua vida, sendo que este sentimento tomou conta de todos, principalmente das categorias mais oprimidas, como a mulher e os filhos no âmbito familiar.

² FACHIN. Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 34-41.

Em virtude das idéias liberais surgem reivindicações para que haja a separação do Estado e da Igreja, havendo esta ruptura com a Proclamação da República, onde passou-se a considerar como o único casamento válido o realizado perante as autoridades civis.

2.5 A família no século XX

Este capítulo tem como objetivo realizar um breve retrospecto da família do século anterior.

O Código Civil de 1916 previa que a mulher encontrava-se sob a égide do marido, sendo a função deste a de arcar com os gastos da casa e sustento da família, enquanto à mulher cabia a administração do lar e o cuidado dos filhos.

A família era patriarcal, onde o pai possuía hegemonia do poder, sendo o chefe da família, cabendo a ele todas as decisões sobre esta. As funções dos membros eram hierarquizadas, cabendo ao marido o provento da casa e à mulher o cuidado desta, havendo desigualdade entre os cônjuges e entre os filhos.

A família era matrimonializada, pois desconsideravam-se as entidades familiares advindas de formas diversas do casamento, não havendo possibilidade de dissolução deste.

Por fim, a família era transpessoal, prevalecendo os interesses patrimoniais sobre os afetivos. Todas estas características da entidade familiar codificada tinham como escopo a manutenção da chamada paz doméstica.

2.6 A família contemporânea

Neste capítulo tratar-se-á da forma pela qual se estrutura a família nos dias atuais.

A transição do modelo clássico teve seu ponto máximo na segunda metade do século XX, onde o modelo patriarcal entra em crise, chegando-se a falar da decadência da família em razão da revolução industrial, dos movimentos sociais, da revolução tecnológica, dos movimentos feministas, exigindo-se que o ordenamento jurídico assegurasse liberdades e igualdades materiais entre homens e mulheres.

A partir dessas aspirações surgem legislações extravagantes, como o

Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio, os quais passam a reger as relações familiares em consonância com as mudanças sociais exigidas pela sociedade.

Pode-se dizer que as funções política, econômica e religiosa da família foram extintas e sua função procracional foi relativizada.

Diante destas transformações ocorridas na sociedade, ao Direito coube apenas oficializá-las, através da Constituição Federal, com o reconhecimento das famílias monoparentais e das uniões estáveis como verdadeiras entidades familiares, possuindo o mesmo status da família constituída através do casamento. A consequência principal disto foi o fato de que cada pessoa tem direito de formar uma família sem modelo prévio que a determine, levando em consideração apenas suas perspectivas e desejos³.

Portanto, com a constitucionalização do Direito de Família, esta passa a ser vista como relação de sentimento, na qual privilegia-se a afetividade nas relações, passando a família a ser um espaço de realização pessoal de seus membros e o refúgio contra as agitações do dia-a-dia⁴.

O vínculo afetivo foi sobrepondo-se à concepção de família como espaço econômico, os sentimentos prevalecem sobre a proteção do patrimônio, exigindo-se do legislador a proteção das pessoas e não mais apenas de seus bens.

A família passa a ser vista como comunidade de amor e solidariedade, devendo promover a realização pessoal de seus membros, não encontrando seu fundamento último na lei que a regula e nem na utilidade que seus componentes podem dela extrair, mas sim na capacidade de amar em família e de fundar sobre esse amor uma comunhão de vida.

Pietro PERLINGIERI afirma que “o merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida”⁵.

Surge uma nova compreensão da relação entre pais e filhos, assentada sobre três bases fundamentais: o afeto, a publicização das relações e a emergência da criança e do adolescente como sujeito de direitos.

³ VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980. p.40.

⁴ PERROT, Michelle. **O nó e o ninho. In: Reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993. p.81.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 244.

Enfim, a família passa a ser o grupo unido por desejos e laços afetivos em comunhão de vida, envolvida pelo sentimento de solidariedade recíproca, liberdade de constituição e dissolução, igualdade de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre homem e mulher.

2.6.1 Os princípios do Direito de Família constitucionalizado

Discorrer-se-á, nesta parte do trabalho, sobre os princípios regentes das relações familiares após o advento da Constituição Federal de 1988.

Os princípios são a base, o mandamento nuclear de um sistema, uma vez que constituem o fundamento das normas deste sistema, conferindo-lhe harmonia e racionalidade. Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO⁶, a violação a um princípio seria muito mais séria do que a transgressão de uma norma qualquer, pois constitui uma ofensa contra todo o sistema e seus valores fundamentais

Os princípios constitucionais são normas que recebem e delimitam valores, tendo alto grau de abstração e densidade axiológica. Estas normas impõem uma otimização do sistema, compatível com vários graus de concretização de acordo com fundamentos fáticos e jurídicos⁷.

O Direito de Família rege-se pelos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, pluralidade de entidades familiares e da eliminação do elemento despótico.

O princípio da dignidade da pessoa humana estrutura e conforma os demais. A mulher e os filhos passam a ter o direito de desenvolver plenamente sua personalidade, não podendo haver atitudes do pai e marido que pretendam restringir este desenvolvimento.

O princípio da liberdade reflete na constituição e extinção da família, no planejamento familiar e na livre educação dos filhos, desde que respeitada sua dignidade com a observância do princípio do melhor interesse da criança.

O princípio da igualdade prevê a isonomia de situações entre os cônjuges e

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.629-30.

⁷ SHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional - Anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2001, p.104.

entre os filhos. Este entendimento decorre do fato de que este princípio surge para que não existam privilégios em virtude de sexo, raça, religião ou classe, através da proibição de distinções arbitrárias. Portanto, é necessário que exista um fundamento objetivo, razoavelmente justificável para a criação de um elemento discriminador, concluindo-se que deve haver tratamento desigual para os desiguais e um tratamento igualitário para os casos semelhantes.

No Direito de Família este princípio reflete-se na exigência de igualdade entre os cônjuges, entendendo-se que ambos possuem os mesmos direitos e deveres, devendo-se contudo respeitar as diferenças naturais entre homens e mulheres. Este entendimento se evidencia também quanto aos filhos, os quais devem ser tratados de forma semelhante, independente de nascimento dentro ou não do casamento, fato que na prática acaba não ocorrendo, visto que o filho advindo do casamento conta com a presunção *pater is est*, ao passo que o filho advindo de qualquer outro tipo de relação necessita do reconhecimento voluntário ou judicial pelo pai para que surtam os efeitos esperados de uma relação paterno - filial.

O princípio da pluralidade de entidades familiares surge quando a família monoparental e a união estável passam a ser protegidas pelo ordenamento jurídico, havendo a superação do conceito formal de família.

O princípio da eliminação do elemento despótico consiste na eliminação do poder na família, sendo este considerado atualmente mais como um poder - dever, o qual o novo Código Civil denomina de poder familiar.

3 O REFLEXO DA AFETIVIDADE NOS INSTITUTOS JURÍDICOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 A importância da afetividade nas relações de família

Este capítulo contém a idéia nuclear deste trabalho, a qual consiste na demonstração da relevância que a afetividade possui nas relações familiares.

A relevância do afeto nas relações de família variou conforme o tempo, sendo no modelo patriarcal presumida, não ensejando muita controvérsia.

Contudo, atualmente o afeto tornou-se elemento essencial para que as

relações familiares se tornem visíveis para o Direito, passando a ter mais importância no Direito de Família.

A família passou por diversas modificações, sendo que com a urbanização sofreu certa redução, passando a ser chamada de família nuclear, pois não havia mais necessidade de produção, sendo que problemas econômicos também influenciaram, e a modificação da condição da mulher, a qual passa a possuir lugar no mercado de trabalho. Esta redução dos membros familiares ajudou a tornar a família mais coesa.

A partir deste contexto há um aprofundamento afetivo nas relações familiares, os fins político, econômico, religioso e de procriação passam para um segundo plano, dando lugar a um centro de companheirismo e afetividade.

Percebe-se então uma realidade muito importante: o ordenamento jurídico passa a ser posto em segundo plano dando-se privilégio para a realização pessoal dos membros da família, formando-se novas famílias fundadas na simples vontade de estabelecer uma comunhão de vida com pessoas ligadas por laços afetivos. O Direito, mesmo que de forma não expressa, passou a tratar na lei e na jurisprudência do elemento afetivo.

Segundo Silvana Maria CARBONERA⁸ “a verdade social não se ateve à verdade jurídica e os fatos afrontaram e transformaram o direito”.

Desta forma, a concepção atual de família centra-se no aspecto pessoal e igualitário, passando a prevalecer os interesses individuais de cada membro sobre os aspectos patrimoniais, havendo valorização do afeto como elemento através do qual forma-se uma família.

A dignidade e a igualdade são os princípios regentes da família e por essa razão as pessoas têm todas as chances que necessitarem para tentar constituir uma família feliz, sendo por esse motivo que a Constituição Federal passou a proteger todos os tipos de entidades familiares.

Um exemplo disso foram as uniões estáveis, nas quais as pessoas preferiram ficar à margem da lei para formarem uma comunhão de vida com quem amavam a permanecer dentro dos limites legais, os quais confrontavam com o sentimento dos

⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Repensando o Direito de Família. Anais do I Congresso brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.485-6.

indivíduos envolvidos.

A família passa a ser eudemonista, ou seja, a pessoa em si passa a ser valorizada e por essa razão não há mais divisão de trabalho pelo sexo, mas sim de acordo com a aptidão individual de cada membro familiar. A proteção à pessoa faz com que haja sua priorização em detrimento do grupo.

Em virtude destas modificações na formação da família, altera-se o modo de analisar a finalidade do casamento. Antes de 1977 não era permitido o divórcio, somente o desquite, deste modo acabava a sociedade conjugal mas não o vínculo matrimonial, ou seja, não poderia haver nova união reconhecida juridicamente. Este foi um dos mecanismos para se tentar colocar a paz doméstica no ápice da relação familiar em detrimento dos interesses e perspectivas de cada membro da família.

No momento da dissolução de um casamento também se percebe a importância do afeto, em razão disso a solução vislumbrada pelo Direito foi a de liberar as pessoas para que continuassem a procurar sua realização pessoal, tornando-se evidente a prevalência desta sobre a questão patrimonial com as uniões estáveis que se formaram durante a proibição do divórcio.

Ocorre também alteração no modo de ver o estabelecimento da filiação, pois os chamados anteriormente de filhos ilegítimos passam a ingressar na esfera familiar reconhecidos pelo Direito, uma vez que a Constituição Federal estabelece a igualdade entre os filhos independentemente da origem.

Deve-se considerar que o afeto em muitos casos é o melhor meio para se identificar quem são efetivamente os pais, sendo que antes, mesmo que o pai quisesse reconhecer o filho havido fora do casamento por possuir vínculos afetivos, não poderia, pois o ordenamento jurídico o proibia.

Na adoção o afeto toma grandes proporções, pois o estabelecimento da relação familiar é feito de forma voluntária, é uma paternidade desejada, ao contrário de muitas paternidades biológicas que ocorrem sem serem idealizadas.

Rodrigo da Cunha PEREIRA⁹ considera ser o Direito de Família o ramo do Direito que tenta organizar a sexualidade, o afeto e as consequências patrimoniais decorrentes. Em razão disto, as questões familiares estão sempre em torno do

⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso brasileiro de Direito de Família.** Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000, p.54.

desafio de dar e receber amor, o que se pretende ordenar juridicamente sobre a família são as relações de afeto, sendo o amor o cerne do Direito de Família.

3.2 A adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente

Abranger-se-á neste capítulo a presença fundamental da afetividade no ato voluntário de se adotar uma criança, uma vez que na adoção não há vínculo biológico que una os pais e o filho, portanto as relações materno e paterno - filiais baseiam-se unicamente nas trocas afetivas realizadas entre estes.

3.2.1 Conceito de adoção

A adoção do ECA é chamada de adoção plena, pois é constituída através de procedimento judicial pelo qual ocorre o total desligamento do menor de 18 anos de sua família biológica, perdendo o nome da família e desatando-se todos os laços, salvo os impedimentos matrimoniais. Este ato é irrevogável e a sentença judicial que constitui a adoção será inscrita em registro civil do qual não se fornecerá certidão.

O Código Civil de 2002 seguiu a mesma regulamentação dada pelo ECA, repetindo quase na íntegra os seus dispositivos.

3.2.2 Os requisitos da adoção

O Estatuto exige que o adotando seja criança ou adolescente, ou seja, deve ter no máximo 18 anos à época do pedido. Porém, se já estiver sob a guarda dos adotantes poderá ter idade superior a 18 anos.

Os adotantes podem ser solteiros, casados, companheiros, divorciados ou separados judicialmente, exigindo-se que sejam maiores de 18 anos.

Se os pais biológicos forem conhecidos e estiverem vivos, dispondo do poder familiar, é necessário seu consentimento ou do representante legal. Se o adotando tiver mais de 12 (doze) anos também é preciso que haja seu consentimento. É necessário que haja uma diferença mínima de 16 (dezesseis) anos entre o adotante e o adotado.

A adoção deve ser precedida de estágio de convivência, sendo este

dispensável se o adotando tiver menos de 1 (um) ano de idade, uma vez que sua adaptação à nova família seria facilitada pela pouca idade, ou qualquer que seja sua idade, se já estivesse na companhia dos adotantes, pois presume-se que a criança já faz parte desta família.

Se os pais biológicos forem desconhecidos o Judiciário deve, além de publicar editais de citação no jornal oficial, publicar o edital em jornal de grande circulação, para que haja a mais ampla divulgação para possibilitar que os pais biológicos sejam encontrados e possam exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Esse procedimento é essencial pois para que a adoção possa ser deferida é preciso que haja destituição ou extinção do poder familiar, não podendo coexistir esse poder dos pais biológicos com a adoção. Esta é uma forma de extinção do poder familiar, por isso deve ser propiciado aos pais o direito de se oporem ao pedido.

O juiz deve sempre perquirir sobre os interesses do menor, sendo este sujeito direitos, e não mero objeto da relação jurídica.

A adoção rompe definitivamente com o vínculo de filiação dos pais biológicos e demais parentes, sendo este mantido somente a título de impedimentos matrimoniais. A sentença constitutiva atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres do filho biológico, proibindo-se qualquer expressão discriminatória.

É um ato irrevogável, portanto a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar, porém a adoção poderá ser revista se houver motivos que coloquem o adotando em risco social ou moral, como maus tratos, abuso sexual, o que justificam a destituição do poder familiar.

3.2.3 Modalidades de adoção

1. Por casal:

Pode ser realizada por ambos os cônjuges ou companheiros desde que um deles tenha completado 18 anos e seja demonstrada a estabilidade da família. Os divorciados e separados judicialmente podem adotar conjuntamente desde que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, devendo o estágio de convivência ter

iniciado antes da separação ou divórcio.

2. Póstuma:

Quando o adotante prestar inequívoca manifestação de vontade, tendo iniciado o processo judicial da adoção, vindo a falecer antes da sentença, sua vontade será respeitada. Isso visa também ao atendimento do interesse superior da criança ou adolescente em ter direito a uma família substituta e usufruir de todos os direitos decorrentes desta. Os efeitos da adoção retroagem à data do óbito, coincidindo com a abertura da sucessão do *de cujus*.

3. Unilateral:

Quando uma pessoa solteira ou um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro. A restrição é feita com relação aos avós e irmãos do adotando.

3.3 Do direito à paternidade

Até o advento da Constituição Federal, o filho havido fora do casamento não poderia ser reconhecido pelo pai biológico em razão da proteção da paz das famílias. Filho era somente no sentido jurídico, sendo que se a descendência genética não coincidissem com o Direito, o filho seria tido como ilegítimo.

Após a promulgação da Constituição Federal surge a possibilidade do pai casado reconhecer ou ser demandado para o reconhecimento de filho havido fora do casamento.

É exatamente neste contexto que se passa a dar extrema importância para a busca da paternidade biológica. Contudo, impõe-se o questionamento sobre se a certeza da verdade biológica é a certeza da verdadeira filiação.

Durante as próximas seções serão discutidas as formas pelas quais a paternidade se apresenta no mundo fático e jurídico, quais sejam, a paternidade jurídica, biológica e a afetiva.

3.3.1 Paternidade jurídica

O vínculo jurídico da filiação liga uma pessoa a seus pais numa relação paterno - filial e materno - filial.

Em virtude da incerteza sobre quem seria o pai da criança, a segurança

jurídica estabeleceu a presunção *pater is est* quando a mãe for casada, presumindo-se ser do marido da mãe o filho havido na constância do casamento.

Esta presunção opera automaticamente, não dependendo de prova, mas sendo uma presunção relativa, pode ser afastada por prova em contrário.

Os efeitos desta são que o legitimado ativo para contestar a paternidade tem o ônus da prova contrária à presunção e, ideologicamente, a presunção pretende garantir os interesses da criança, que ao nascer já tem garantido o seu sustento.

É uma presunção forte, uma vez que mesmo a confissão da mulher de que cometeu adultério, por si só, não é capaz de afastá-la.

Porém essa presunção pode trazer alguns problemas para o Direito, como no caso da mulher casada, separada de fato do marido, vivendo em união estável com outro homem e tendo filho deste, presume-se ser o pai o marido da mãe. É expressa a improbabilidade da paternidade do marido, mas se ele não contesta, a presunção incide, abarcando uma realidade inexistente.

Além disso, somente filhos nascidos fora do casamento é que podem ser reconhecidos (gerados por pessoas solteiras ou casadas fora da constância do casamento). Contudo, pode haver filhos nascidos na constância do casamento em razão da infidelidade, sendo que os nascidos da infidelidade do marido são tidos ~~como~~ nascidos fora do casamento, enquanto que os nascidos pela infidelidade materna são tidos como nascidos dentro do casamento, incidindo a presunção de paternidade do marido (não se sujeitam à lei 8560/92).

Neste caso, o pai biológico não poderá reconhecer a paternidade e nem entrar com negatória de paternidade do pai jurídico (só o marido pode contestar a presunção de paternidade).

Esse entendimento abarcava uma falsa realidade somente para proteger a família, por isso os Tribunais, em certas decisões, concluíram que se ficar comprovado que os cônjuges já estavam separados de fato e que não há posse de estado de filho perante o marido da mãe, poderá haver o reconhecimento de terceiro independentemente da negatória de paternidade proposta pelo marido da mãe.

Conclui-se, então, que se faz necessário questionar até que ponto os vínculos biológico e sentimental coincidem com o jurídico.

3.3.2 Paternidade biológica

A estrutura de parentesco do mundo ocidental encontra-se calcada na presunção de paternidade do marido da mãe, porém com a tecnologia atual pode-se questionar a paternidade do registro através de exames de DNA.

Com a igualdade das filiações surge o direito de todos os filhos terem declarada a sua verdadeira paternidade, passa-se a buscar, cada vez mais, a verdade biológica da paternidade, subordinando a verdade jurídica, estabelecendo, muitas vezes, uma paternidade fictícia ou não se declinando a verdadeira paternidade em razão da visão sacralizada da família¹⁰.

Para os filhos havidos fora do casamento significa a possibilidade de reconhecimento e investigação de paternidade. Com relação aos filhos havidos dentro do casamento há dúvidas sobre a verdadeira paternidade. Quando houver certas circunstâncias que permitam o reconhecimento ou investigação de paternidade de terceiros pode cessar a presunção *pater is est* sem que tenha havido ataque prévio à presunção de paternidade pelo marido da mãe, como no caso de ficar demonstrado que os cônjuges se encontravam separados de fato, não havendo posse de estado de filho perante o marido da mãe.

A paternidade biológica é determinada com grande grau de precisão através do exame de DNA, porém, muitas vezes, o liame genético pode não explicar a base das relações paterno - filiais, como na fecundação assistida.

Com a Constituição Federal passa-se do resguardo absoluto da vida íntima da família para o direito que deve assistir ao filho, qualquer que seja o estado em que foi concebido. Os filhos não matrimonializados passam a reclamar seus direitos. Em razão disso, ocorre a passagem de um conceito uno de paternidade para um conceito plural.

3.3.3 Paternidade afetiva

O estabelecimento da filiação chancela um conjunto de normas para dar

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992, p.43-53.

abrigo jurídico à defesa superior da família, sacrificando outros valores, sendo que, muitas vezes, a verdade jurídica não admitia a busca pela verdade biológica e nem pela socioafetiva.

Posteriormente, passa-se a admitir que se perquiria pela ascendência genética, sem se olvidar, porém, de que a verdadeira paternidade não pode se limitar à busca de uma precisa informação genética, exigindo-se uma concreta relação pai - filho, emergindo a verdade socioafetiva.

A presunção de direito e a verdade biológica deveriam coincidir, mas surgem no mundo fático relações que levam a uma terceira modalidade de paternidade: a afetiva.

Desta maneira, o direito da filiação passa a ser visto não somente como um direito da verdade, mas também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida do tempo que passa.

O pai pode não ser o pai biológico e nem o pai jurídico (a norma atribui a paternidade independentemente de laços de afeto e de sangue).

Não há uma verdade absoluta, monolítica sobre a paternidade, mas sim uma acepção plúrima do que se revela e se constrói verdade. A paternidade não atende somente a valores biológicos ou sociológicos. deve ser preenchida com vida, sentimentos e não com meros conceitos jurídicos ou abstrações.

Luiz Edson FACHIN¹¹ evidencia que pai pode não ser o que o ordenamento jurídico presuntivamente atribui a paternidade através da presunção *pater is est*. podendo também não ser o que contribuiu geneticamente para o nascimento da criança. Pai também é aquele que possui relação psicoafetiva, trata o indivíduo como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente familiar e social.

Através destas verdades, biológica e afetiva, estão alicerçadas as vertentes para a superação das deficiências do sistema, para que o Direito deixe de abarcar relações fictícias e biológicas, passando a proteger a verdadeira paternidade.

Mas qual seria a verdadeira paternidade?

A paternidade socioafetiva consiste na posse de estado de filho, no carinho

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade - relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

demonstrado no tratamento no lar ou em público, sendo que esta verdade se constrói, a paternidade é mais fruto do nascimento emocional e menos do fisiológico.

Normalmente os três tipos de paternidade coincidem, porém quando isto não ocorre é que surgem dificuldades. Quem será o pai, deve prevalecer a voz do sangue, do coração ou da lei?

A jurisprudência tem se preocupado com a verdade da filiação, não seguindo os rigores impostos pela lei. A sensibilidade social começa a penetrar com interpretação construtiva que encontra apoio na lógica dos fatos e não no Código Civil. Os preceitos fundamentais devem ser interpretados de acordo com o desenvolvimento social e a evolução jurídica.

Ausente a posse de estado de filho perante o marido da mãe pode-se permitir o reconhecimento por terceiro ou investigação da paternidade, e no sistema francês se a posse existir junto com um título torna a paternidade inatacável. São demonstrações da valorização do elemento afetivo e sociológico da filiação, não servindo propriamente à verdade biológica.

Esta nova concepção de paternidade está relacionada com a mudança ocorrida na família, sendo as relações afetivas entre familiares valorizada, juntamente com a satisfação das necessidades pessoais e comunhão de afeto e sentimentos.

A paternidade não se estabelece somente através de vínculo biológico, mas sim através de laços afetivos, pela divisão de alegrias e tristezas, comprometimento e solidariedade¹².

Conclui-se que a filiação não constitui um determinismo biológico, na maioria dos casos deriva da relação biológica, mas ela emerge principalmente da construção cultural e afetiva permanente, que se realiza na convivência e na responsabilidade.

¹² ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.152-164.

3.3.3.1 Paternidade afetiva como solução a problemas ocasionados pela simples determinação da paternidade como sendo a biológica

Abordar-se-á nesta parte do trabalho sobre a necessidade que se impõe de se considerar que nem sempre a paternidade biológica será a melhor opção para o desenvolvimento psíquico de um indivíduo.

A paternidade biológica é muito importante, mas em certas vezes é lacunosa, pois o filho pode possuir um pai biológico que o reconheceu, mas se este somente cumpre com suas obrigações materiais, deixando de propiciar atenção e carinho para o filho, pode-se afirmar que este não terá suas necessidades psíquicas supridas pelo genitor, fato que certamente gerará falhas na formação de sua personalidade.

Neste sentido, Marcos Alves da SILVA¹³ aponta para o perigo de se colocar a paternidade biológica em posição mais elevada que a afetiva, pois geralmente o demandado resiste à pretensão do autor, sendo que nestas situações o reconhecimento da paternidade não fornece um pai ao filho, pois não há relação afetiva. O reconhecimento normalmente gera apenas efeitos patrimoniais, como direito a alimentos e à sucessão, mas não o direito a um pai.

Ao se tentar sair da ficção criada pela paternidade jurídica acaba-se caindo em outra ficção decorrente da apuração biológica da paternidade.

A paternidade biológica por vezes é inadequada, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, pois outros valores passaram a dominar este âmbito das relações humanas.

A imputação da paternidade biológica não substitui a convivência e a construção permanente dos laços afetivos. Um exemplo disso é a doação anônima de material genético feminino ou masculino.

A identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas que o ser humano constrói.

Conclui-se, desta forma, que a autoridade parental não decorre

¹³ SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental - repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.89-102.

necessariamente do liame biológico, mas muitas vezes da posse de estado de filho (expressão jurídica que designa paternidade socioafetiva). Autoridade parental não é um dado, e sim um construído, relações afetivas e solidárias que principiam já antes do nascimento do filho, portanto seria um paradoxo conceder a autoridade parental a alguém que se mantém estranho ao filho.

Poder familiar é uma relação intersubjetiva de onde surge um conjunto de deveres para os pais em relação ao filho, sendo também um direito dos pais para satisfação de suas necessidades psicológicas.

Se o pai não considera como seu o filho judicialmente reconhecido pela investigação de paternidade, não se pode conceber que passe a ter autoridade parental sem que antes se estabeleçam os laços afetivos. Em razão disso, o juiz pode estabelecer que, mesmo reconhecido o filho, este seja criado e educado longe do pai biológico em razão do melhor interesse da criança.

Diante de todas estas questões conclui-se que a paternidade não é somente conceito genético, mas acima de tudo, conceito afetivo, moral, psicológico. Muitas vezes há o vínculo biológico mas a paternidade não obtém sucesso do ponto de vista afetivo, enquanto que, em outros casos, não há o vínculo biológico e a paternidade é satisfatória, baseada em relações afetivas.

3.3.3.2 Posse de estado de filho

Será tratada nesta parte do trabalho da posse de estado de filho como importante elemento para a caracterização da paternidade afetiva.

A posse não se confunde com a mera aparência, pois a verdade socioafetiva não se reduz à proximidade física, não estando presente no Código Civil, pois só teria sentido em um ordenamento que respeitasse o vínculo entre a verdade social e a biológica.

A jurisprudência considera que a ausência de posse de estado de filho e a separação de fato do casal fazem cessar a presunção de paternidade, sem que seja necessária a prévia contestação, podendo haver reconhecimento ou investigação de paternidade por terceiro, surgindo conflito de paternidade. Julgada procedente a

ação interposta por terceiro, a presunção *pater is est* cessa automaticamente¹⁴.

O conceito de posse de estado de filho é muito relevante quando se busca a verdadeira filiação, que não se limita à paternidade jurídica e biológica. Através deste conceito valoriza-se a verdade socioafetiva da filiação, visando trazer para o mundo jurídico uma verdade social.

É um conceito em aberto em razão da heterogeneidade dos fatos que o cercam, consistindo no exercício de alguns ou de todos os direitos da filiação.

Consiste em uma presunção relativa, quando houver conflito entre registro de nascimento e a posse de estado prevalece o registro, pois a doutrina e a jurisprudência não admitem a posse como prova única e exclusiva da filiação, servindo apenas para reforçar outras provas.

Contudo, deve-se atentar para o livre convencimento motivado do juiz, sendo que o artigo 335 do Código de Processo Civil permite que o juiz decida com base em presunções.

A posse de estado de filho é composta de três elementos: nome, tratamento e reputação.

O nome é o uso do patronímico do pai, não constituindo um elemento essencial, pois há filhos que não usam o sobrenome do pai; tratamento é a manutenção material do filho e a reputação é o fato de ser conhecido como filho pelos amigos e família.

Estes devem ser públicos, devendo haver continuidade na relação para que haja demonstração inequívoca de que o pai trata o indivíduo como sendo seu filho, praticando todos os deveres que a lei e a natureza impõem aos pais. A posse deve começar com o nascimento ou quando o pai tomou conhecimento da paternidade. Exige-se um mínimo de duração que demonstre a estabilidade da posse de estado de filho, pois esta é um fato social do qual se extraem consequências jurídicas.

3.4 Da união estável

Neste capítulo será abordada a influência que a afetividade exerce na

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à lei 8560/92**. Curitiba: Genesis, 1995, p.33-5.

formação da união estável.

Até o advento da Constituição Federal (momento em que a união estável é reconhecida como entidade familiar), o sistema jurídico encontrava-se em descompasso com a realidade social, sendo que nesta as famílias estavam sendo constituídas à margem do Direito, pois as pessoas desejavam ser felizes através de uma comunhão de vida formada por laços de afetividade, mesmo não sendo esta família reconhecida pelo ordenamento jurídico.

As uniões sem casamento passaram a ocorrer em razão do aspecto formal, pois a classe mais baixa muitas vezes não tem acesso às formalidades legais do matrimônio; em virtude do estágio experimental antes de formalizar a união e também pelo fato de que antes de 1977 o divórcio era proibido, por isso a união estável era comum para os que desejavam reconstruir suas vidas após uma separação.

O Direito começa por reconhecer a união sem casamento como sendo uma sociedade de fato, gerando efeitos obrigacionais quando ocorria sua dissolução, ou concedia indenização por serviços prestados quando ocorria o fim da união, sendo as Varas Cíveis responsáveis por estes processos.

A Súmula 380 do STF dizia que “comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos é cabível a sua dissolução conjugal, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Entendia-se aqui que somente se a mulher contribuísse financeiramente é que seria cabível a partilha, sendo que, se não fosse possível esta prova, alguns defendiam ser cabível a indenização por serviços prestados.

A sociedade brasileira passa por diversas mudanças com a revolução sexual, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, fatos que obviamente repercutem na família, perdendo seu objetivo essencial de procriação para constituir espaço de afetividade.

No atual modelo de família (eudemonista) os interesses de seus membros devem se sobrepor aos interesses da família, ao contrário do que ocorria antes, onde a família era muito mais uma unidade produtiva e reprodutora do que uma unidade afetiva, não valorizando os anseios e perspectivas de seus membros.

A afeição no âmbito das relações entre os companheiros significa amor, carinho, dedicação, afeição, e o resultado visado é a felicidade, a realização pessoal

de cada membro da família, a tentativa de minorar o sentimento de solidão inerente ao homem¹⁵.

Por essa razão, passa a ser mais importante a afetividade, a qual serviu de fundamento para a constituição da entidade familiar, do que a forma pela qual esta se estabelece, havendo então o reconhecimento da união estável como verdadeira entidade familiar.

3.4.1 A previsão da lei 8971/94 quanto ao direito a alimentos e à sucessão

Devido às transformações pelas quais a sociedade passou, ao ordenamento jurídico não restou outra opção a não ser reconhecer a união estável como forma de se constituir uma família.

Desta forma, editou-se a lei 8971/94 para regulamentar o direito a alimentos e à sucessão entre os sujeitos participantes de uma união estável.

A lei prevê que é devido alimentos ao companheiro hipossuficiente, devendo-se provar a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentário, comprovando a condição de companheira (através de certidão de nascimento dos filhos, conta bancária conjunta...).

Os companheiros podem ter direitos hereditários, evidenciando a valoração do vínculo afetivo estabelecido entre eles, acarretando efeitos após a morte de um deles, sendo que na falta de ascendentes e descendentes o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Também há o direito à meação somente em caso de morte de um dos companheiros, tendo o companheiro sobrevivente que provar sua colaboração na aquisição dos bens deixados pelo autor da herança. Colaboração deve ser entendida como sendo a material (fruto do trabalho) ou a moral (cuidados com o lar, apoio, afeto, educação dos filhos...).

¹⁵ MATOS, Ana Carla Hamatuik. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.91-121.

3.4.2 A regulamentação da união estável dada pela lei 9278/96

Posteriormente, surge a lei 9278/96 para regulamentar o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Esta lei refere-se à união estável e dispõe sobre a possibilidade de sua conversão em casamento, denominando os pólos da relação familiar não assentada em casamento de conviventes.

Esta expressão leva a crer que a coabitação seria fator essencial da união sem casamento, o que não é verdade, sendo sim um forte indício de sua configuração.

Esta lei é mais congruente com o sentido da família não fundada no casamento, pois não estipula prazo de convivência e nem existência de filhos, estabelecendo apenas que seja duradoura, pública e contínua a relação, com objetivo de constituir família.

Presume serem decorrentes da colaboração de ambos os conviventes os bens adquiridos na constância da união a título oneroso, não sendo necessário provar o esforço comum.

Esta lei não delimita o direito à meação nos casos de morte, sendo mais abrangente que a lei anterior, não sendo mais necessário provar a colaboração na aquisição dos bens.

Prevê que revogam-se as disposições em contrário, tem-se deste modo que a lei 8971/94 estaria parcialmente revogada no que contrarie o novo texto legal.

O novo Código Civil regula esta matéria, impondo-se portanto o questionamento sobre a revogação ou não destas leis, questão que foge do objetivo deste trabalho, e que por esse motivo não será aprofundada aqui.

3.5 Da família monoparental

Este capítulo visa discorrer sobre a presença da afetividade nas famílias formadas por apenas um dos pais, a qual a Constituição Federal considera como mais um tipo de entidade familiar.

A monoparentalidade consistia somente nas viúvas e mães solteiras, sendo que atualmente vem ocorrendo também entre ex - famílias biparentais, em razão do aumento do número de pais divorciados, fim de uniões estáveis e opções unilaterais.

Esta família é constituída apenas pelo pai ou pela mãe e seus filhos, ocorrendo normalmente em razão de viuvez, separação de fato ou judicial, divórcio ou mães e pais solteiros, que optaram por terem filhos independentemente de uma relação afetiva com outra pessoa, ou nos casos em que esta não assumiu suas obrigações como pai ou mãe.

Esta entidade familiar é certamente mais uma demonstração da importância do afeto nas relações familiares, visto que o pai ou a mãe forma uma família, juntamente com seus filhos, pela simples vontade de estabelecer uma comunhão de vida com os membros da família e buscar a felicidade de todos da melhor forma possível, a qual nem sempre será através do casamento. O mais importante é que a filiação garanta ao filho a estabilidade afetiva que lhe é necessária, devendo permanecer com quem melhor atenda seus interesses.

Essa denominação abrange mais um conceito de fato do que de direito, pois seria a família na qual o pai ou a mãe moram com seus filhos, mesmo que exista a mãe ou o pai, respectivamente, como nos casos de divórcio, fim de união estável, separação judicial ou de fato, nos quais os filhos acabam morando com apenas um dos pais, apesar da existência do outro. Nestes casos, ambos terão o poder familiar, mas o filho morará com um dos pais, não significando que o outro pai tenha perdido suas funções.

Esta entidade também pode decorrer de criação de filhos por mãe solteira, sendo que, no caso em que a mulher opta em possuir um filho sozinha, há uma inversão dos papéis, passando o homem a ocupar posição secundária. A questão aqui é importante pois a monoparentalidade é voluntária, não é como nos outros casos, em que decorre de circunstâncias que independem das partes¹⁶.

É importante atentar para que o filho não exerça uma função compensadora em virtude de um investimento afetivo excessivo e por outro lado pode-se acabar colocando sobre a criança todas suas preocupações, anseios e expectativas.

A monoparentalidade decorrente de mãe solteira por acidente era mais comum até a década de setenta, quando os jovens ainda não dominavam os métodos contraceptivos, todavia ainda é comum ocorrerem gestações não

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.183.

planejadas.

3.6 O divórcio como reflexo da ausência de afetividade

Será abarcado neste capítulo a importância que a afetividade possui para o término de um casamento, uma vez que sua ausência constitui o principal motivo para o fim de uma relação conjugal.

No modelo patriarcal admitia-se excepcionalmente a dissolução da sociedade conjugal, pois a família era calcada na idéia de manutenção dos interesses da instituição em detrimento dos interesses próprios de cada membro familiar.

No modelo atual de família o indivíduo passa a estar no cerne das questões, e não mais o patrimônio, ocupando a afetividade espaço essencial nas relações familiares. Desta forma, os casamentos passam a terminar quando se extingue o vínculo afetivo que mantinha o casal unido.

Com base neste panorama, a partir da década de setenta houve aumento do número de divórcios em virtude das mudanças de comportamento e mentalidade em matéria familiar e sexual.

Deve-se conceber que não foi a lei do divórcio que aumentou as estatísticas, pois antes dela já havia uma tendência social que não admitia mais a ruptura da vida conjugal sem a possibilidade de seu refazimento através de outro casamento, portanto a lei apenas adaptou-se aos anseios populares.

Esta mudança de paradigma deve-se ao fato das pessoas buscarem cada vez mais sua satisfação emocional, mesmo que isto implique no reconhecimento da falência de uma relação, não constituindo este fracasso sinônimo de término das oportunidades que os indivíduos têm para serem felizes, uma vez que nova relação conjugal poderá ser constituída. Deve-se atentar que é esta a aspiração da sociedade, pois o aspecto patrimonial, o qual no modelo patriarcal servia para manter casamentos já falidos, encontra-se atualmente em segundo plano.

3.6.1 Modalidades de divórcio

O divórcio pode ser direto, através da comprovação de que os cônjuges estão separados de fato há dois anos ou pode ser indireto, através da conversão da

separação em divórcio após um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou o divórcio ou da concessão da medida cautelar de separação de corpos.

Após o divórcio pode haver novo casamento, podendo-se constituir uma família recomposta ou união estável.

3.6.2 Uma visão psicanalítica das separações conjugais

Esta seção tem por objetivo tratar de forma breve de motivos psicanalíticos que podem acarretar no final de uma relação conjugal.

Cada vez mais os casamentos passam a ocorrer por amor, porém, paradoxalmente, as possibilidades de separação nestes casos são maiores.

Quando se apaixonam, as pessoas pensam ter encontrado a parte que lhes faltava, projetando sobre o outro a imagem de seu ideal, aumentando suas qualidades e diminuindo seus defeitos. Preenche-se um vazio com uma qualidade que a pessoa estava insegura de possuir, ou desconhecia, com sentimentos que aumentam sua auto - estima.

O casamento por amor se caracteriza por uma demanda romântica de satisfação não apenas do corpo mas também da afetividade e do espírito.

Neste contexto, espera-se do outro carinho, afeição, prazer sexual, comunhão de pensamento e de idéias, mantendo ao mesmo tempo sua individualidade através de projetos pessoais. Deste modo, parece ser inviável o casamento, pois é preciso aprender a dividir sua liberdade para viver junto com outra pessoa.

Nos casamentos sem amor as separações tendem a ser menores pois as expectativas estavam mais claras, objetivas, sem influência subjetiva.

Conviver com essa ilusão de par amoroso uno e inesperável acaba sendo incompatível com os limites de uma relação saudável, pois cria uma permanente frustração, sendo que, quando isso se torna insuportável, confunde-se a insatisfação pessoal com o fracasso matrimonial.

A baixa tolerância à frustração, o pouco compromisso com a continuidade do casamento, a idealização deste como um relacionamento que deveria suprir todas as lacunas de cada um têm sido responsáveis pelo aumento do número de separações.

Há um contrato prévio ao casamento onde ambos acordam sobre a maneira

de lidar com os aspectos práticos desta nova vida em comum. Este é necessário pois com o casamento juntam-se dois indivíduos cuja constituição complexa traz para o relacionamento a necessidade de diálogo e a modificação constante das expectativas e acordos mútuos, implicando em certa flexibilidade.

Com o fim do casamento projeta-se no outro, e nega-se em si mesmo, os motivos que conduziram à separação para evitar o reconhecimento da participação direta e ativa de cada um no fracasso da relação.

Os operadores do Direito não devem analisar a situação de forma a concluir que há um culpado e um inocente no fim da relação, pois isso impede o diálogo, incentivando que se utilize de todos os meios para atingir o suposto inimigo, sendo os filhos utilizados na maioria das vezes para esse fim.

Além dos parâmetros sócio - culturais, a conjugalidade de representações mentais infantis definem a relação do casal, sendo que dentro destas há o projeto vital compartilhado. Este consiste na reunião no casal de representações de realizações e de conquista no futuro, sendo que se o projeto é perdido o vínculo estremece, podendo ocorrer separações, criando-se a expectativa de resolver o problema fantasiando um novo projeto, muitas vezes confundido com um novo parceiro¹⁷.

Muitas vezes as atitudes decorrentes de conflitos conjugais não resolvidos acabam atingindo os filhos, não respeitando seus interesses.

Conclui-se que no momento da separação de um casal não se deve dar razão a um ou a outro, pois a razão está em todos os lugares e ao mesmo tempo não está em lugar algum, devendo-se procurar abrir espaço ao diálogo e não ao litígio.

4 CONCLUSÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana rege a proteção dada à família, devendo-se proteger o desenvolvimento da personalidade de cada membro da família, sendo este o escopo de todas as normas jurídicas relativas às entidades familiares.

Com base neste princípio há a repersonalização das relações familiares, a qual faz com que o homem esteja no centro destas e não o patrimônio, desta maneira a família passa a ser formada pela afetividade, e não mais exclusivamente pelo vínculo jurídico formal que unia as pessoas.

A família passa a ser eudemonista, núcleo de apoio e solidariedade, esfera de intimidade e afetividade das pessoas, e instrumental, ou seja, é protegida somente na medida em que busque a auto realização individual de cada um de seus membros.

Em razão desta mudança de paradigma, os indivíduos buscam relações pautadas no afeto para que haja comunhão de vida e desenvolvimento de suas personalidades, sendo essas necessidades passíveis de serem encontradas em qualquer tipo de família.

Sob este prisma, verifica-se que a realidade estava em um patamar diverso do ordenamento jurídico, pautado até então pelos ideais de proteção ao patrimônio de uma família matrimonializada, patriarcal e hierarquizada. Portanto, ao Direito não coube outra alternativa a não ser efetivar o reconhecimento destas modificações pelas quais a sociedade passou.

Desta forma, promulga-se em 1988 a Constituição Federal prevendo um Direito de Família totalmente diverso daquele regulamentado pelo Código Civil de 1916, constitucionalizando-o de forma a abarcar as situações almejadas pela sociedade.

A Constituição Federal reconhece, portanto, que não se deve estipular modelos fechados de família, uma vez que estes precisam ser preenchidos por cada família de acordo com suas perspectivas e conveniências, podendo constituir núcleos familiares através de uniões estáveis e famílias monoparentais, as quais passam a ser vistas como entidades familiares com o mesmo status da família

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A família...*, p.46

advinda do casamento, estabelecendo também a igualdade entre os cônjuges e entre os filhos.

A Carta Magna contém os fundamentos essenciais do princípio da afetividade, o qual passa a ser a base das relações conjugais e paterno - filiais: todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (artigo 227, parágrafo 6º), adoção como escolha afetiva (artigo 227, parágrafos 5º e 6º), a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes possuem a mesma proteção constitucional que a família constituída pelo casamento (artigo 226 parágrafos 3º e 4º).

O Direito Civil encontrava-se em total dissonância com estas previsões constitucionais até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o qual pretendeu adequar-se às normas constitucionais, porém deve-se apontar que, em certos dispositivos, as modificações foram tímidas.

Um exemplo disso ocorre no direito de filiação quando o artigo 1.600 prevê que a confissão do adultério da mulher não afasta a presunção legal de paternidade do marido. Não tem sentido manter-se este artigo pois a ação contestatória pode ser interposta a qualquer tempo pelo marido, sendo que este dispositivo vai contra o ideal constitucional de que as relações paterno - filiais devem ser baseadas na verdade real e não em ficções jurídicas.

O artigo 1.601 do novo Código Civil prevê que o marido tem o direito imprescritível de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. Critica-se este dispositivo por não realizar a mesma restrição quanto à união estável, e também pelo fato de que o filho, o pai biológico e o pai afetivo deveriam ter o mesmo direito em razão da busca da verdade real da filiação.

O artigo 1.614 prevê que o filho menor só pode impugnar o reconhecimento da paternidade nos quatro anos seguintes a sua maioridade ou emancipação, estando em desacordo com a imprescritibilidade da negatória de paternidade¹⁸.

O novo Código Civil regulamentou a união estável para se moldar aos ditames constitucionais, merecendo crítica somente o artigo 1.726, que, ao dispor sobre a conversão da união estável em casamento, previu que os companheiros deveriam formular o pedido ao juiz, porém isto torna mais difícil a conversão prevista

¹⁸ FIUZA, Ricardo (coord.). **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1410-25.

constitucionalmente, devendo o requerimento ser feito junto ao Oficial do Registro Civil, com posterior processo de habilitação e manifestação do Ministério Público.

Apesar do novo Código Civil conter certos dispositivos merecedores de crítica por não terem dado eficácia de forma completa às previsões constitucionais, pode-se afirmar que, de forma geral, o Código moldou-se às novas situações fáticas a que as relações familiares estavam submetidas, as quais exigiam regulamentação totalmente diversa da existente no Código Civil de 1916.

Desta forma, conclui-se que o princípio da afetividade especializa o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares, fazendo parte do conteúdo do Direito, influenciando principalmente a área do Direito de Família, sendo a afetividade a razão principal para a formação das entidades familiares consagradas pela Constituição Federal (união estável e família monoparental).

A presença deste sentimento também é essencial para a compreensão da mudança de perspectiva que vem se observando com relação ao direito de paternidade, atentando-se cada vez mais para a importância da paternidade afetiva na construção da personalidade dos filhos.

Verificou-se também o reflexo da afetividade no que diz respeito ao fim do casamento, uma vez que não há mais a proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família que existia para a preservação da paz do lar conjugal, pois agora os interesses de cada membro, como sujeito do princípio da dignidade, prevalecem. Desta maneira, o término de uma relação conjugal normalmente está fundado no fim das trocas afetivas entre o casal.

Por fim, tem-se que a adoção reflete a existência da afetividade por constituir a afirmação da paternidade afetiva, sendo um ato voluntário, calcado principalmente nas relações afetivas estabelecidas entre o adotante e o adotado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade - relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

----- (coord.) **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: Comentários à lei 8560/92**. Curitiba: Genesis, 1995.

----- **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FIUZA, Ricardo (coord.). **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MATOS, Ana Carla Harmatuik. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

----- **Repensando o Direito de Família. Anais do I Congresso brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho. In: Reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993.

SHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional - Anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2001.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental - repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

OBRAS CONSULTADAS

BANDEIRA, Marcos. **Adoção na prática forense**. Ilhéus: Editus, 2001.

CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família: curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de paternidade**. São Paulo: LTr, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito - aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família (Direito matrimonial)**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.